

Trata de seres humanos y criminalidad organizada

VICTORIA GARCÍA DEL BLANCO
Profesora Titular Interina de Derecho Penal
Universidad Rey Juan Carlos

RESUMEN

La incorporación al Código penal de los artículos 570 bis, ter y quáter que abordan por primera vez una regulación específica de las organizaciones y grupos criminales debe conjugarse con lo dispuesto en el artículo 177 bis del Código penal en cuanto a la tipificación de la trata de personas. Esto suma a la complejidad propia de cada una de estas regulaciones en sí mismas, la necesaria interpretación sistemática de ambas para poder abordar coherentemente una de las formas más graves de criminalidad organizada como es la que se dedica a la trata de personas.

Palabras claves: *Criminalidad organizada, trata de personas, organizaciones y grupos criminales.*

ABSTRACT

After the incorporation of Sections 570 bis, ter and quarter in the Criminal Code regarding the regulation of criminal groups and organizations it is necessary to combine them with the provisions of Section 177 bis related to the criminalization of trafficking in human beings. Apart from the complexity of each of these regulations, it is also demanded a systematic interpretation to address coherently one of the most serious forms of organized crime like trafficking in persons.

Keywords: *Organized crime, trafficking in persons, organizations and criminal groups.*

SUMARIO: I. Introducción. 1. La criminalidad organizada. 2. La trata de seres humanos.–II. Organizaciones y grupos criminales (arts. 570 bis ss. CP). 1. La tipificación específica de las organizaciones y los grupos criminales en los artículos 570 bis y 570 ter del Código penal incorporada por la LO 5/2010. 1.1 Bien jurídico protegido. 1.2 Organizaciones y grupos criminales. 1.2.1 Transposición normativa. 1.2.2 Organizaciones criminales. 1.2.3 Grupos criminales. 2. La agravante específica del delito de trata de personas cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio.–III. Organizaciones y grupos criminales y fase preparatoria del delito.–IV. La responsabilidad agravada de los dirigentes.–V. Las agravantes específicas de las organizaciones criminales y la trata de personas.–VI. las organizaciones y grupos criminales y los delitos cometidos en su seno. 1. Problemas concursales. Apparente solución aportada por la regla específica del artículo 570 quáter 2 CP. Aplicación del concurso de leyes a resolver por el principio de alternatividad (art. 8.4 CP).–VII. Organizaciones y grupos criminales y personas jurídicas u otras organizaciones sin personalidad jurídica (art. 570 quáter 1 CP).–VIII. La figura del arrepentido colaborador (art. 570 quáter. 4 CP).–IX. Conclusiones finales.

I. INTRODUCCIÓN

1. La criminalidad organizada

La evolución de las formas más graves de criminalidad viene caracterizándose por una progresiva tendencia a la transnacionalización, a la diversificación de actividades criminales suponiendo una potencial nocividad para diferentes bienes jurídicos fundamentales y por diversificar e innovar también en las formas de planificación y ejecución de los delitos. De esta forma, el crimen organizado puede centrarse en actividades terroristas, en tráfico de drogas, en tráfico de ciudadanos extranjeros, de órganos, drogas, armas o de personas, o en diferentes aspectos al mismo tiempo, lo que suele ser habitual, compaginándolo con blanqueo de capitales, delitos urbanísticos, corrupción e incluso, en mayor o menor medida, con actividades lícitas que les suelen servir como pantalla.

Precisamente esta versatilidad de actividades y la mayor o menor magnitud de las mismas, de su mayor o menor estructuración y ubicación ha complicado la consecución de un concepto unívoco (1) y han

(1) En este sentido, ROTH, J./FREY, M., *Europa en las Garras de la Mafia*. (Trad. González Aguilar), Ed. Anaya y Mario Muchnik, Barcelona, 1995, p. 26;

venido motivando la incorporación de modalidades agravadas para algunos tipos penales. Ciertamente, tal como afirma la STS 1504/2004, de 25 de febrero, no existía en nuestro ordenamiento jurídico un concepto normativo de organización criminal, si bien desde una perspectiva criminológica cabía entender como tal «la concentración de esfuerzos para conseguir un fin delictivo que por su propia naturaleza necesita de un tejido estructural que hace imprescindible una colaboración ordenada y preestablecida entre varias personas».

Sin embargo, la obtención de ese concepto consensuado resultaba una necesidad cada vez más acuciante sobre todo desde una perspectiva de eficacia en la persecución internacional que exige una correcta armonización de legislaciones penales y procesales de los diferentes Estados que puedan verse implicados (2). No obstante, los posibles déficits en armonización no ha sido obstáculo para un desarrollo político y jurídico de instrumentos de persecución y para establecer puentes de comunicación y cooperación internacional que finalmente han tenido aplicación directa en los ordenamientos de los Estados. Precisamente este es el origen de la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico penal interno de una larga serie de instrumentos penales y procesales de carácter excepcional, como, por ejemplo, el Capítulo VI del Título XXII del Código penal, introducido por la LO 5/2010, compuesto por los artículos 570 bis, 570 ter y 570 quáter, que tipifican las organizaciones criminales y los grupos criminales como formas de

LÓPEZ MUÑOZ, Julián, «La criminalidad organizada contra el orden público», *Diario La Ley*, núm. 8179, de 28 de octubre de 2013. La Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por la LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales advierte que existen diferencias notables en atención a factores como la ubicación geográfica de los diversos grupos, las actividades a las que se dedican, su composición étnica, etc..., de modo que hay organizaciones criminales grandes y pequeñas, con o sin vínculos transnacionales, con estructura jerárquica o con estructura fluida, de fines predominantemente económicos o fundamentalmente políticos, muy violentas y poco violentas, etc.

(2) Cfr. CURBET, J., *La Globalización de la (In)seguridad*, Plural Editores, INAP, Madrid, 2006, p. 13; BLAKESLEY, Ch. L., «El sistema penal frente al reto del crimen organizado», Informe General del Coloquio Preparatorio sobre «Los sistemas penales frente a la criminalidad organizada. Sección I Derecho Penal General», celebrado en Nápoles del 18 al 29 de septiembre de 1997; en *Revue Internationale de Droit Pénale Nouvelles Études Penales*, 3.º y 4.º trimestre 1997, Ed. Eres, pp. 101 ss. Mantiene que «estas dificultades para concretar un concepto de delincuencia organizada, pese al reconocimiento global del problema, hacían que abordarlo fuera como intentar agarrar un resbaladizo pez vivo», DELGADO MARTÍN, J., *Criminalidad Organizada*, Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 2001, p. 35.

concertación criminal autónoma de los hechos que se perpetren en su seno (3).

La incorporación de los delitos relativos a la pertenencia a organizaciones y grupos criminales impone la reinterpretación de los límites de delitos ya existentes: por un lado, las asociaciones ilícitas; por otro, el castigo excepcional, sistema *numerus clausus*, de los actos preparatorios, y, finalmente, algunos delitos que recogen como forma de agravación específica la comisión del hecho en el seno de una organización y/o un grupo criminal.

1. LA TRATA DE SERES HUMANOS

Este es el caso de la trata de seres humanos.

La trata de personas es un fenómeno delictivo que ha ido evolucionando en su perfil, hasta el punto de convertirse en una práctica globalizada y muy rentable convirtiéndose en uno de los grandes problemas de política criminal como el segundo gran negocio ilegal, por encima

(3) Precisamente se justifica la incorporación de estos delitos al Código penal en la falta de adaptación de la definición del delito de integración, pertenencia y/o participación en una organización criminal, tal y como se encontraba recogido en el Código Penal –CP artículo 515– a los parámetros que exigen diferentes instrumentos internacionales que abordan el problema de las diversas manifestaciones de la actividad delictiva en que se viene centrando la actividad policial y judicial en la lucha contra la criminalidad organizada: entre los que destacan el Plan de Acción para la Lucha contra la Delincuencia Organizada aprobado por el Consejo Europeo celebrado en Ámsterdam en junio de 1997 y sus posteriores revisiones, la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo de 24 de octubre, relativa a este mismo tema, la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional del año 2000 y en la Ley de enjuiciamiento criminal –art. 282 bis LECrim– (LO 5/2010 Preámbulo aptdo. XXVIII). Es decir, como señala la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por la LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, responde a los compromisos derivados de instrumentos internacionales de aproximación de las legislaciones nacionales y de cooperación judicial asumidos por los Estados Miembros de la Unión Europea en la lucha contra la llamada delincuencia organizada transfronteriza, tanto en materia de prevención como de represión penal.

Sin embargo, tras utilizar como fundamento de la reforma de la criminalidad organizada, sorprendentemente, en la lista que recoge la disposición final sexta de normativa de la Unión Europea incorporada a nuestro ordenamiento a través de esta reforma no figura ninguna de las disposiciones internacionales que se supone obligan a su incorporación, concretamente, la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo de 24 de octubre de 2008. Y podría entenderse que la ausencia de la norma que teóricamente fundamenta la inclusión de los tipos analizados se debe a un mero olvido del legislador, si no resultase tan evidente el hecho de que la previsión de las organizaciones y grupos criminales ya estuviese en el Anteproyecto de 2006 y la Decisión Marco sea de 2008. Probablemente se vuelve a utilizar la normativa europea como excusa legislativa.

del tráfico de drogas y sólo superado por el tráfico de armas (4). De todas formas, dada la elevada cifra negra que se afirma que se produce en la comisión de este delito es difícil tener una visión de conjunto. Y es que el hecho de que se cometa en el seno de organizaciones criminales incide en las pocas denuncias que presentan las víctimas tanto por el férreo control al que se somete a las víctimas, como al miedo a las represalias por la red de explotación sobre su propia persona o sus familiares.

Y es que la dinámica comisiva habitual de este delito hace necesaria una infraestructura que permita precisamente diversificar actividades por lo que la presencia de organizaciones criminales o redes mafiosas que operan a nivel internacional parece una realidad criminológica (5): la organización criminal se estructura estableciendo bases de actividad en diferentes países, aglutinando miembros de diferentes nacionalidades (normalmente de la nacionalidad de las víctimas para facilitar la captación) y teniendo encomendado cada subgrupo una actividad concreta y especializada, ya sea en la fase de captación, en la de transporte o en el proceso de explotación, donde las redes de explotación comienzan por hacer pagar a las víctimas una «deuda» contraída por los gastos del viaje, estancia y documentación que normalmente resulta complicado de saldar puesto que las condiciones se endurecen progresivamente utilizándose coacciones o abusando de su situación de necesidad (6).

(4) Cfr. KANGASPUNTA, «Mapa del comercio inhumano: resultados preliminares de la base de datos sobre trata de seres humanos», en *Foro sobre el Delito y Sociedad* (2003), vol. 3, núms. 1 y 2, pp. 83 ss.; SÁNCHEZ LINDE, M., «La trata ilegal de personas: principales aspectos criminológicos», en *Cuadernos de criminología y ciencias forenses*, núm. 16, 2012, pp. 20-27.

(5) Vid. MAQUEDA ABREU, J., *El tráfico sexual de personas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 19 ss.; DE LEÓN VILLALBA, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 76 ss.; PÉREZ CEPEDA, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal*, Comares, Granada, 2004, pp. 12 ss.; GÓMEZ NAVAJAS, «Inmigración ilegal y delincuencia organizada», en ZUGALDÍA ESPINAR /PÉREZ ALONSO, *El Derecho Penal ante el fenómeno de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 387 ss.; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, «Tráfico y trata de personas a través de organizaciones criminales», en PUENTE ABA (Dir.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración*, Comares, Granada, 2008, pp. 259 ss.

(6) Sin embargo, VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Trata de seres humanos y delincuencia organizada», *InDret 1/2012*, pp. 8 ss., realiza una investigación empírica sobre la trata de seres humanos y concluye que no todo supuesto de trata «implica ni un gran despliegue de medios ni supone la operación de una gran organización, lo que la ligaría irremisiblemente a los supuestos de criminalidad organizada», aunque «atender a las razones que explican la producción del fenómeno de la trata de personas ayuda a entender cómo la relación entre trata y criminalidad organizada se haya

En España, la presencia de las redes de trata se sitúa aún en un rango medio-bajo (7), ello sobre todo si se considera que la Unión Europea estima que el tráfico ilegal mundial involucra a más de siete millones de personas (8); no obstante y de nuevo, la cifra negra y los casos ocultos son claramente mayoritarios, con lo que la cantidad de víctimas afectadas por la trata en nuestro país no puede determinarse certeramente.

La trata de personas como delito autónomo se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico mediante la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el Código penal, en el Título VII bis, tras los delitos contra la integridad moral (9). Se acaba así con el tratamiento conjunto que se venía incardinando en el artículo 318 bis CP como modalidad de delito de inmigración clandestina (10). El Título VII bis está compuesto por un único artículo, el artículo 177 bis CP que se estructura partiendo de un tipo base que lleva aparejado la pena de cinco a ocho años de prisión y que a continuación prevé diferentes niveles agravados. Entre ellos se encuentra el artículo 177 bis 6 CP, que impone la pena de ocho años y un día a doce años de prisión e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transito-

generalizada». *Vid.* Esta obra sobre el estudio de los escasos estudios empíricos existentes entre ambos fenómenos.

(7) Aunque datos como los de los Mossos d'Esquadra en Cataluña (años 2008-2009) informan que se desarticularon 76 redes y grupos organizados, con 160 personas detenidas por delito.

(8) Conforme los datos del European Program AGIS 2004-ENAT (European network against trafficking-1.^o) celebrado en Lecce (Italia) en mayo de 2005.

(9) Diversas instancias internacionales, fundamentalmente la Unión Europea, así lo venían exigiendo. En Naciones Unidas, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000 (Protocolo de Palermo), en ámbito Europeo, tanto el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos de 2005 (Convenio de Varsovia), como la Decisión Marco del Consejo de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos (2002/629/JAI), que ha sido sustituida ya por la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas.

(10) En la exposición de motivos de la LO 5/2010 claramente se indica que «el tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. La separación de la regulación de estas dos realidades resulta imprescindible tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como para poner fin a los constantes conflictos interpretativos».

rio que se dedique a la realización de tales actividades, que también podrá agravarse imponiendo la pena superior en grado cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de la organización. Severidad punitiva que podrá imponerse en mitad superior en cualquiera de los casos (tanto para las personas con mando como para los meros miembros de la organización) si concurrieren, además, las circunstancias agravantes de los epígrafes 4 y 5 (11).

Esta agravación ya estaba prevista en la tipificación anterior de esta conducta cuando compartía tipo penal con los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis CP) y que resulta absolutamente razonable que la LO 5/2010 refleje igualmente en su tipificación como delito autónomo puesto que, además de la realidad criminológica que subyace en la comisión del tipo que refleja la íntima y necesaria conexión entre la criminalidad organizada y la trata de personas, también nos lo impone nuestros compromisos internacionales (12).

(11) Artículo 177 bis. 4: «Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado anterior de este artículo cuando: *a*) con ocasión de la trata se ponga en grave peligro a la víctima; *b*) la víctima sea menor de edad; *c*) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación. Si concurriere más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior».

Artículo 177 bis 5: «Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación absoluta de seis a doce años a los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. Si concurriere además alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en su mitad superior».

(12) El instrumento internacional contemporáneo por excelencia en la lucha contra este fenómeno delictivo, el Protocolo de Palermo, complementario a la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que se aprobó junto con la Convención de 2000 (A. RES/55/25, de 15 de noviembre de 2000) que contempla específicamente las organizaciones criminales para la trata de seres humanos en su artículo 5 (art. 5 Protocolo de Palermo «1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito en su derecho interno las conductas enunciadas en el artículo 3 del presente protocolo, cuando se comentan intencionadamente. 2. Cada Estado parte adoptará asimismo las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito: *a*) con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la tentativa de comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo; y *c*) la organización o dirección de otras personas para la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo».

En ámbito europeo destaca el Convenio de Varsovia que contiene mandatos de incriminación específica para el delito de trata de seres humanos pero que no se limitan únicamente a prever la incriminación, sino que en el artículo 23 dispone que la imposición de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias para las conductas delictivas contempladas en los artículos 18 a 21 deben consistir en penas privativas de libertad que puedan dar lugar a extradición cuando se trate de la trata de seres huma-

No obstante, pese a lo acertado de la previsión de la agravación en la trata de seres humanos, mucho más discutible resulta la técnica legislativa utilizada (13).

II. ORGANIZACIONES Y GRUPOS CRIMINALES (ARTS. 570 BIS Y SS. CP)

1. **La tipificación específica de las organizaciones y los grupos criminales en los artículos 570 bis y 570 ter del Código penal incorporada por la LO 5/2010**

La primera vez que en nuestro derecho interno se tipificó autónomamente una «organización criminal» fue como consecuencia de la modificación incorporada por la LO 5/1999, de 13 de enero, a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, «en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves», añadiendo un nuevo artículo 282 bis, que proporciona habilitación legal a la figura del «Agente Encubierto» para investigar actividades propias de la delincuencia organizada, y que con esa finalidad considera «delincuencia organizada» la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos enumerados por el citado artículo. La Jurisprudencia también había fijado los requisitos diferenciando los supuestos de simple codelinquencia, coparticipación o consorcio ocasional para la comisión del delito (14).

Pero, hasta la promulgación de la LO 5/2010, nuestra legislación penal no concretaba un concepto de criminalidad organizada, no

nos. También el artículo 24 contempla que se tenga en cuenta la pertenencia a una organización criminal como agravante. *Vid.* Más ampliamente, VILLACAMPA ESTIARTE, «Trata de seres humanos y delincuencia organizada», *InDret*, 1/2012, pp. 5-7.

(13) En el mismo sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, C, «Trata de seres humanos y delincuencia organizada», *InDret* 1/2012, p. 20, que critica tanto la gravedad de la respuesta penal prevista para estos supuestos como la forma concreta en que el legislador de 2010 ha incriminado los casos de trata de seres humanos realizados por quien actúa en el marco de una organización criminal.

(14) Por ejemplo, STS 1489/2003, de 6 de noviembre, al contemplar la agravante específica de pertenencia a organización incluía las notas características que la definían. En el mismo sentido, Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2005.

pudiendo obtenerse éste ni del estudio del delito de asociación ilícita ni de los definidores de los tipos cualificados (15).

1.1 BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Estos nuevos tipos se han ubicado dentro del título XXII del libro II, es decir, entre los delitos contra el orden público, por lo que el bien jurídico protegido sería la estabilidad social como base misma de la democracia. Implica la tranquilidad social o la normalidad ciudadana en la que las actividades inherentes a un país se desenvuelven, sin mayores estridencias que las que imponga, en sus también normales accidentes e incidentes, la vida cotidiana (16). Se entiende así que la criminalidad organizada afecta a la gestión y a la capacidad de acción de los órganos del Estado (17). Precisamente, resulta complicado incluir entonces como objeto de persecución la pequeña criminalidad organizada de ámbito territorial más limitado y cuyo objetivo es la comisión de delitos menores (18).

Se construye un delito de peligro abstracto indeterminado, categoría delictiva hasta ahora desconocida y que puede resultar complicado compaginar con el principio de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos (19). Esta dificultad sistemática no supone únicamente un

(15) Así lo reconoce la STS 1504/2004, de 25 de febrero.

(16) Véase la STS de 19 de junio de 1985. En este sentido, el preámbulo de la LO 5/2010 especifica que el orden público como bien jurídico de estos tipos abarca la seguridad jurídica, la vigencia efectiva del principio de legalidad, los derechos y las libertades de los ciudadanos, en fin, la calidad de la democracia, que constituyen de este modo objetivos directos de la acción destructiva de estas organizaciones. La Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por la LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales mantiene que el bien jurídico es la protección de la seguridad ciudadana, definiéndola como seguridad y paz en las manifestaciones de la vida ciudadana que comprendería y posibilitaría la justificación de incorporar la lucha contra esos grupos dedicados a la delincuencia a pequeña escala que afectan al normal desenvolvimiento de la vida comunitaria, generando intranquilidad y desasosiego, como expresamente señala y que resulta bastante alejado del Preámbulo de la LO 5/2010 que afirma que el fenómeno de la criminalidad organizada atenta directamente contra la base misma de la democracia.

(17) Preámbulo de la LO 5/2010, de 23 de junio.

(18) Cfr. GARCÍA DEL BLANCO, V., «Organizaciones y grupos criminales», *Memento práctico. Penal*. Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2011, pp. 1645-1663.

(19) Así, no va a resultar fácil fundamentar cómo pone en peligro el orden público la mera existencia de una organización criminal cuya finalidad sea la comisión reiterada de faltas, o la planificación de un delito por un grupo criminal caracterizado por la falta de estabilidad Cfr. GARCÍA DEL BLANCO, V., «Organizaciones y grupos criminales», *Memento práctico. Penal*. Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2011, pp. 1645-1663.

escollo formal, sino también material, es decir, resulta imprescindible la determinación de un elemento material del delito como es el bien jurídico, incluso si éste se busca a través de los intereses colectivos y difusos. De hecho, este fenómeno delictivo ha estado normalmente vinculado a la comisión de determinados delitos, construyéndose un tipo agravado en los mismos por la pertenencia a fenómenos de delincuencia organizada –como, por ejemplo, en el tráfico de drogas–, facilitándose así la identificación del bien jurídico puesto en peligro en concreto (20). Pues resulta evidente que el bien jurídico protegido en los tipos penales que como la trata de personas recogen tipos agravados en función de la pertenencia a formas de criminalidad organizada no varía en función de que concurra o no la agravante. Lo cual puede resultar decisivo a la hora de determinar la solución concursal a resolver en la concurrencia de ambas tipicidades bien a favor de un concurso de normas o a favor de un concurso de delitos.

1.2 ORGANIZACIONES Y GRUPOS CRIMINALES

1.2.1 *Transposición normativa*

La Decisión Marco 2008/841/JAI establece como objetivo de persecución en la lucha contra la criminalidad organizada:

a) La participación activa en una organización delictiva, de manera intencionada y a sabiendas de su finalidad y actividad general o de su intención de cometer delitos graves, incluyendo facilitar información o medios materiales, reclutar a nuevos participantes, así como toda forma de financiar sus actividades. Se establece también que a esta forma de pertenencia activa deberá aplicársele una pena máxima de prisión de al menos dos años (21).

(20) Quizás hubiera resultado técnicamente más adecuado, y hubiera facilitado además la determinación del bien jurídico protegido en el caso concreto, mantener la tradición legislativa en materia de tipificación de las organizaciones criminales (incluso de los grupos criminales en los supuestos que se considerara necesario) para aquellos delitos para los que las circunstancias concretas lo aconsejaran. Así, podríamos encontrar más fácilmente la justificación del adelantamiento de las barreras de protección con relación a determinados bienes jurídicos, como delitos de mera actividad consistente en la planificación de concretos ataques a concretos bienes jurídicos. Esta técnica exigiría, sin embargo, una acotación legal de los bienes jurídicos con respecto de los cuales se considera necesaria la incriminación de las organizaciones y de los grupos criminales, lo que es incompatible con la pretensión de generalidad en la que está comprometida la reforma.

(21) En el peculiar lenguaje de las normativas penales europeas, se exige que la pena máxima de prisión tenga una duración de al menos entre dos y cinco años, pero es evidente que cualquier pena de dos o más años cumple con dicho requisito.

b) El acuerdo para la comisión de un delito de los establecidos en el artículo 1 de la Decisión Marco, aún cuando la persona que intervenga en el acuerdo no intervenga posteriormente en la ejecución del delito. En estos supuestos la pena a prever deberá ser como máximo la de reclusión que el delito que constituye el objetivo de la conspiración o con una pena máxima de reclusión de «al menos entre dos y cinco años».

Sin embargo, el mandato comunitario no impone ninguna tipificación concreta. Así entre las variadas posibilidades de técnica legislativa y entre las diferentes posibilidades de política criminal, el legislador español termina optando por una tipificación general de las organizaciones y grupos criminales como delito autónomo, fundamentándolo en que la técnica de actuación en grupo es útil y de hecho sirve igualmente para la comisión de cualquier modalidad delictiva, desde pequeños hurtos o estafas hasta grandes operaciones de tráfico ilícito de seres humanos o de armas, todo ello sin perjuicio de establecer, como así se hace, un penalidad más grave en determinados casos a los que se refiere el inciso segundo del párrafo primero del artículo (22).

Las prioridades finalmente han sido establecer graduaciones penológicas en función de la naturaleza y gravedad de los delitos que se pretenda perpetrar por la organización, de la responsabilidad del sujeto dentro del grupo, bien realicen tareas delictivas, organizativas, financieras, responsabilidad intermedias o sean simples miembros del grupo. De esta forma, se incorporan dos nuevas figuras delictivas: las organizaciones criminales (art. 570 bis CP) (23), estructura jerarquizada con vocación de permanencia, y los grupos criminales (art. 570 ter CP) (24). Las penas más graves corresponden a las organizaciones

(22) El Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto valoró de forma positiva que la nueva tipificación se realice «de forma abierta» incluyendo cualquier clase de agrupación criminal con independencia de la naturaleza de los delitos que constituyan su objeto. En el mismo sentido se pronuncia la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado cuando considera que su incorporación obedece a la necesidad de articular un instrumento normativo con el propósito de combatir adecuadamente todas las formas de criminalidad organizada.

(23) Que deben ser diferenciadas de las asociaciones ilícitas, lo que supera con creces el objetivo de este trabajo, pero que quizás podríamos pensar (no sin dudas) que la diferencia radica en que las organizaciones y grupos criminales no ponen en peligro el derecho constitucional de asociación, puesto que no son verdaderas asociaciones, pero que comparten con las asociaciones la característica de poseer una estructura con vocación de permanencia.

(24) Que no comportan tales características estructurales o de permanencia, a pesar de poder llegar a ser «fenómenos análogos muy extendidos en la sociedad

criminales, debido a su estructura compleja, que responde al deliberado propósito de constituir una amenaza cualitativa y cuantitativamente mayor para la seguridad y el orden público. Por otra parte, su distinta naturaleza exige algunas diferencias en la descripción de las acciones típicas. Sin embargo, hubiera sido deseable que se hubiera mantenido mayor paralelismo en la forma de estructurar los tipos de ambas figuras (25).

1.2.2 Organizaciones criminales

Artículo 570 bis CP: «1. Quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años si aquella tuviere por finalidad u objeto la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de tres a seis años en los demás casos; y quienes participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años si tuviere como fin la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de uno a tres años en los demás casos.

A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas».

Se parte de las conductas básicas de constitución, dirección y coordinación, distinguiendo según se trate de cometer delitos graves u otras infracciones criminales, incluida la reiteración de faltas. En un segundo nivel punitivo se sitúan las actividades de participación o cooperación, a las que corresponde una respuesta penológica menos severa. Por último, se ubican agravaciones específicas en función de las características de la organización y el tipo de delitos que tenga por objeto.

Comienza el tipo con la definición legal de una organización criminal como pluralidad subjetiva –más de dos personas–, coordinada con carácter estable o por tiempo indefinido, para la comisión de delitos o faltas (26). El artículo 570 bis, al delimitar la responsabilidad de

actual, a veces extremadamente peligrosos o violentos» y que «aportan un plus de peligrosidad criminal a las acciones de sus componentes», conforme al Preámbulo de la LO 5/2010.

(25) Cfr. GARCÍA DEL BLANCO, V., «Organizaciones y grupos criminales», *Memento práctico. Penal*. Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2011, pp. 1645-1663.

(26) Esta definición resulta conforme tanto a exigencias de la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo de 24 de octubre de 2008, como a las de la jurisprudencia

los miembros con relación a la función que cumplen en la organización, parece exigir que la relación entre sus miembros y la distribución de funciones esté presidida por las ideas de jerarquía y disciplina (27). También resulta esencial la nota de permanencia y estabilidad de la organización, que excluiría aquellos grupos con vínculos transitorios o de carácter ocasional, característica que permitiría su delimitación con los grupos criminales. No se exige como requisito, ni un acto fundacional, ni una organización muy compleja, ni la adopción de una determinada forma jurídica, ni que se mueva en un amplio espacio geográfico, ni la existencia de conexiones internacionales (28).

En cualquier caso, existe consenso en que la organización representa una peligrosidad superior a la que supondría la actuación individual o la actuación conjunta no coordinada, pues supondrá, previsiblemente, un incremento de las posibilidades de alcanzar el

(STC de 16 de diciembre de 1987; SSTS de 14 de diciembre de 1993; 29 de julio de 1998; SAN de 26 de marzo de 2001). Como señala la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por la LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales el artículo 570 bis incluye los dos requisitos recogidos en las normas internacionales, esto es, que la agrupación de personas tenga como objetivo la comisión de delitos de cierta gravedad y que su finalidad, en última instancia, sea de carácter económico o material. Así, nuestro legislador ha pretendido que su ámbito de aplicación sea más amplio que el de los textos internacionales, pudiéndose incluir aquellas organizaciones dirigidas no sólo a la comisión de delitos graves y menos graves sino también a la comisión reiterada de faltas, por ser la lucha contra este tipo de pequeña delincuencia una de las finalidades político-criminales de la reforma.

(27) Habrá que estar pendiente de la actuación jurisprudencial y comprobar si estas exigencias conformarán nuevas interpretaciones o si se mantendrá la línea que mantiene el Tribunal Supremo al analizar otras figuras delictivas donde también se exige una actuación coordinada de personas integradas en agrupaciones o bandas, donde nunca ha exigido una especial o particular forma o estructura organizativa.

(28) Conforme expone la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por la LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales. En todo caso, la citada Circular 2/2011 establece que, ante la exacerbación punitiva que supone el artículo 570 bis, con el objeto de diferenciar las grandes organizaciones criminales de aquellas otras sustentadas en una estructura organizativa relativamente simple, los Sres. Fiscales cuidarán de valorar el alcance y/o intensidad de los elementos definidores del tipo y de cualesquiera otros que se detecten para graduar la pena a imponer en función de las circunstancias concurrentes, de manera que la mayor peligrosidad de la organización criminal evidenciada en una estructura considerablemente compleja, una mayor profesionalidad, una implantación geográfica extensa o su carácter transnacional, se corresponderá con la solicitud de sanciones penales más graves. Dicha solución deja la delimitación de diferentes grados de antijuridicidad, que debería haber sido abordado por el legislativo, en manos del Ministerio Fiscal.

éxito (29) y que el incremento en el desvalor del hecho debe repercutir en una superior responsabilidad para cada uno de los sujetos que intervienen en el hecho y que supondría el fundamento material de la circunstancia agravante específica de la trata de personas en el artículo 177 bis 6 CP.

1.2.3 Grupos criminales

Artículo 570 ter CP: «1. Quienes constituyeren, financiaren o integraren un grupo criminal serán castigados:

Si la finalidad del grupo es cometer delitos de los mencionados en el apartado 3 del artículo anterior, con la pena de dos a cuatro años de prisión si se trata de uno o más delitos graves y con la de uno a tres años de prisión si se trata de delitos menos graves.

Con la pena de seis meses a dos años de prisión si la finalidad del grupo es cometer cualquier otro delito grave.

Con la pena de tres meses a un año de prisión cuando se trate de cometer uno o varios delitos menos graves no incluidos en el apartado a) o de la perpetración reiterada de faltas, debiéndose imponer en este último caso la pena en su mitad inferior, salvo que la finalidad del grupo fuera la perpetración reiterada de la falta prevista en el número 1 del artículo 623, en cuyo caso podrá imponerse la pena en toda su extensión.

A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas».

La incorporación al Código Penal de los grupos criminales como forma de criminalidad organizada se ampara en la incapacidad del delito de asociación ilícita para responder a todos los supuestos de asociaciones criminales de carácter transitorio (30) —una realidad contrastada en el denominado terrorismo yihadista— es decir, sin vocación de permanencia y sin una férrea estructura jerárquica (31). No obstante, la nueva regulación no aborda este fenómeno únicamente en los delitos de terrorismo, ni siquiera se limita a un grupo de delitos en los

(29) Así, la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por la LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales.

(30) LO 51/2010 preámbulo aptdo. XXVI.

(31) Sin embargo, que este fenómeno haga necesaria la creación del nuevo tipo resulta muy dudoso, puesto que hubiera sido suficiente entonces con tipificar el fenómeno únicamente en el ámbito de los delitos de terrorismo o utilizar la figura de la conspiración para los delitos de terrorismo —que permanece en el artículo 579.1 CP—.

que a través de agravaciones específicas se abordaba el problema (32), todo lo contrario, parece resultar necesaria (33) la extensión a cualquier tipo de delito afirmando que la existencia del grupo criminal incide de forma importante en la seguridad ciudadana.

La definición normativa caracteriza al grupo criminal como la unión de más de dos personas con la finalidad de la perpetración concertada de un delito o delitos o reiterada de faltas, pero que al mismo tiempo no reúne «alguna o algunas de las características de la organización criminal». Se configura como un tipo de carácter residual frente al de organización criminal, compartiendo la exigencia del elemento plurisubjetivo, más de dos personas, y el tendencial, tener por finalidad la perpetración concertada de delito o reiterada de faltas, y del que se diferenciará por la nota negativa de no concurrencia de alguna o algunas de las restantes características de la organización criminal.

Para la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado se reducen así los requisitos que caracterizan la organización delictiva, exigiendo sólo cierta permanencia («formación no fortuita») y una estructura básica que supondrá la actuación concertada de sus miembros pero que no requerirá una asignación formal de funciones entre los distintos miembros del grupo, ni continuidad en la condición de miembro.

En este supuesto, la responsabilidad penal no se establece en función de los diferentes papeles que realice el sujeto dentro del grupo, unificándose la respuesta para los casos de que el sujeto constituya, financie o integre el grupo criminal (34). La diferencia con el tipo del artículo 570 bis quizás se deba precisamente a que la relevancia de los dirigentes es mayor cuanto mayor es la estabilidad del grupo. Si se ha conformado para la perpetración de uno o varios delitos en concreto, entonces, y conforme a las reglas generales de autoría y participación, tanto si fueren calificados como inductores o cooperadores necesarios en el delito planificado, su pena sería la misma que la del autor (art. 28 párr. 2.º CP, con relación al artículo 61 CP).

Sin embargo, sí que se mantiene la diferenciación penológica con relación a la naturaleza y gravedad de los delitos que tiene por finali-

(32) La opción que venía utilizándose eran las agravaciones específicas en los tipos en los que más frecuentemente se produce el fenómeno, como es el caso del tráfico de drogas (art. 369.2) de la prostitución (art. 187) o de la trata de personas (art. 177 bis 6), alternativa mucho más coherente con la sistemática general de los actos preparatorios y que evitaría numerosos conflictos normativos.

(33) Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de 2008.

(34) No se comprenderán los actos de mera cooperación o colaboración ocasional en algún aspecto puntual, salvo la financiación de actividades concretas.

dad perpetrar el grupo aunque tamaño laberinto penológico, con solapamientos y delimitaciones superpuestas, supuestamente fundamentadas tanto en la naturaleza como en la gravedad de los delitos, no parece responder a una meditada estrategia por parte del legislador, al respeto al principio de proporcionalidad, o al menos no se entiende fácilmente el posible criterio utilizado en la elección de las consecuencias jurídicas en cada caso (35). Así (36):

1. Si se trata de uno o más delitos graves contra la vida o la integridad de las personas, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos, la pena será de prisión de dos a cuatro años

2. Si se trata de delitos menos graves, también contra la vida o la integridad de las personas, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos, la pena será de prisión de uno a tres años (37).

3. En caso de que se trate de cualquier otro delito grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años.

4. Si se trata de uno o varios delitos menos graves –pero que no sean contra la vida o la integridad de las personas, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos– la pena será de tres meses a un año de prisión.

5. La misma pena, prisión de 3 meses a 1 año, se impondrá al grupo que tenga como finalidad la comisión reiterada de faltas de hurto (del artículo 623.1), imponiéndose en mitad inferior si el objetivo es la reiteración en la comisión de otras faltas, es decir, de tres a siete meses y medio de prisión (38)

(35) Cfr. GARCÍA DEL BLANCO, V., «Organizaciones y grupos criminales», *Memento práctico. Penal*. Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2011, pp. 1645-1663.

(36) Deberemos entender, en virtud de criterios sistemáticos de interpretación (art. 13 con relación al artículo 33) que los delitos serán graves cuando la pena que lleva aparejada sea grave –por ejemplo, prisión superior a cinco años– y que nos encontramos ante delitos menos graves cuando su pena sea considerada como menos grave en el listado del artículo 33.3 –por ejemplo, prisión de tres meses hasta cinco años– y que las faltas se corresponden con las penas leves.

(37) Lo que implica un solapamiento de penas con el marco elegido para el supuesto anterior que no permite una interpretación coherente con el principio de proporcionalidad.

(38) En el caso del grupo criminal que tuviera por objeto la comisión reiterada de faltas, concretamente de la falta del artículo 623.1 (supuesto previsto expresamente en el artículo 570 ter.1.c) *in fine* y al que se otorga mayor gravedad que, por ejemplo, a la comisión reiterada de faltas de lesiones), nos debemos plantear por qué una circunstancia, como es la unidad del plan, que en el delito continuado de hurto sirve para eludir la severidad punitiva que conlleva la aplicación de un concurso real de delitos (art. 74.1) en algunos casos, porque supone en el caso de la continuidad de las faltas contra el patrimonio cometidas en el seno de la organización implica justamente una consecuencia antagónica.

El artículo 570 ter discrimina en función de la gravedad del delito a la hora de establecer las penas a imponer, por lo tanto, si la finalidad del grupo es cometer varios delitos debemos suponer que será el más grave de ellos el que determine la disposición a aplicar a los integrantes del grupo criminal (independientemente, se debe suponer, de en cuál o cuáles de ellos se pretenda intervenir o si es una intervención común a todos, etc.). Quizás los problemas sea discriminar entre varios delitos si no comienza la fase ejecutiva de ninguno de ellos (39), aunque será de suponer que el legislador ya prevé que no se van a perseguir –habitualmente al menos– a las organizaciones que no manifiesten su peligrosidad criminal con la ejecución de delitos.

En estos casos, lo primero que tendremos que conseguir es delimitar el ámbito del grupo criminal diferenciándolo de la organización criminal, pues, la diferencia más evidente entre ellos reside en la estabilidad que se predica de las organizaciones y la falta de tanta estabilidad de los grupos criminales.

Centrando la diferencia en el «carácter estable o por tiempo indefinido» de las organizaciones criminales y admitiendo que los grupos criminales deben tener cierta estabilidad para la comisión de varios delitos o la comisión reiterada de faltas, podríamos decir que la organización criminal tiene vocación de permanencia indefinida en el tiempo –y quizás por eso no se diferencia entre los diferentes delitos que puedan llegar a planificarse– y que el grupo criminal puede permanecer estable cierto tiempo pero que su duración es transitoria. Y las dudas surgen sobre si esta diferencia puede fundamentar una regulación tan distinta de ambos fenómenos.

2. La agravante específica del delito de trata de personas cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio.

Artículo 177 bis 6: «Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo (prisión de ocho a doce años de prisión) e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en la mitad superior (prisión de diez a doce años e inhabilitación especial por el

(39) En cuanto a la posibilidad, típicamente viable, de que el grupo criminal se haya conformado para la comisión de un único delito y los problemas que plantearía en cuanto al solapamiento con otras figuras delictivas, véase, GARCÍA DEL BLANCO, V., «Organizaciones y grupos criminales», *Memento práctico. Penal*. Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2011, pp. 1645-1663.

tiempo de la condena). Si concurriera la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo se impondrán las penas señaladas en éste en su mitad superior.

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En todo caso se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 o la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo».

III. ORGANIZACIONES Y GRUPOS CRIMINALES Y FASE PREPARATORIA DEL DELITO.

El elemento tendencial supone que la organización debe tener por objeto la comisión de delitos, la realización de acciones violentas, reiteradas, indeterminadas e indiscriminadas y que la clase de delitos que pretendan cometer sean, básicamente, de naturaleza grave, aunque también se incluye la reiteración en la comisión de faltas. Este elemento tendencial implica necesariamente que la conducta típica de la organización criminal consistiría en conductas destinadas o bien al mantenimiento de la propia organización, o bien a la preparación de los delitos o bien al ocultamiento de los efectos del delito o de sus autores o partícipes.

Quienes participen activamente en la organización, formen parte de ella o cooperen económicamente o de cualquier otro modo con la misma serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años, si tuviere como fin la comisión de delitos graves y de prisión de uno a tres años, en los demás casos (40).

(40) Realmente sorprende que la literalidad del precepto al utilizar la expresión «así como» obligue a que sea necesaria la acumulación de fines –tanto la comisión de delitos como la perpetración reiterada de faltas– para que se entienda realizado el delito. Mucho más acertado hubiera sido que, como se hace en el artículo siguiente, al definir los grupos criminales, se hubiese utilizado la conjunción disyuntiva «o» para separar las dos posibilidades que, como fines, pueden tener «la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas» (art. 570 ter.1. párr. 2.º). No se alcanza a entender el fundamento de la diferencia establecida y hubiera sido deseable que en dos artículos consecutivos y que regulan dos instituciones tan íntimamente relacionadas como las organizaciones y los grupos criminales –siendo que estos últimos se definen parcialmente partiendo de la definición de los primeros– se hubiera mantenido un estricto paralelismo en su tipificación.

La pertenencia a una organización constituye un delito de estatus y configura un comportamiento distinto a la simple participación en un delito puntual de la organización o grupo criminal. Por lo tanto, la intervención en un delito programado por la organización o grupo criminal no implica convertirse en miembro de la organización. Pertenecer a una organización comporta una relación caracterizada no solo por la presencia de elementos jerárquicos, sino también por otros aspectos más relacionados con la estabilidad o permanencia o con la vocación de participación en otros hechos futuros del mismo grupo, o, al menos, la disponibilidad para ello. Los integrantes de la organización o «miembros activos» serían los que intervienen activamente en la realización de sus objetivos, esto es, de los delitos cometidos de manera organizada y con la finalidad subjetiva señalada.

En estos supuestos, la intervención activa no equivale tan sólo a la futura autoría de los delitos, sino más bien ha de hacerse equivalente a cualquier intervención causal relevante y dolosa en el proceso de preparación y ejecución de alguno de ellos e igualmente las conductas de mantenimiento de la estructura estable o de encubrimiento cuando revelen un carácter permanente. Además, el tipo menciona expresamente como forma de cooperación relevante la cooperación económica, que podría encajar perfectamente a una cooperación necesaria o complicidad con relación al delito planificado si comenzase su ejecución.

La actividad de la organización criminal coincidiría en el contexto comisivo tanto con las resoluciones manifestadas destinadas a la estructuración del grupo y sus papeles dentro de la organización y de la ejecución del futuro delito, como con las aportaciones de carácter material para el sostenimiento de la propia organización o del futuro delito (41).

(41) Con relación a los actos preparatorios, el sistema implantado en el Código Penal de 1995, que supuso un cambio sustancial respecto a la regulación del Código Penal de 1973, establece la regla general de su impunidad. Se entiende que el peligro para el bien jurídico protegido por el tipo que se pretende ejecutar no resulta suficientemente relevante como para la imposición de pena de forma autónoma, es decir, si a esa preparación no le sigue la ejecución. Subsistiendo evidentemente la posibilidad del castigo si comienza la ejecución como formas de participación en hecho ajeno, tanto inducción como cooperación necesaria o complicidad. El Código Penal sólo establece tres posibles excepciones a esta norma como sistema *numerus clausus*: la conspiración (art. 17.1), la proposición (art. 17.2) y la provocación al delito (art. 18), como resoluciones manifestadas, pues se entiende que en estos casos el peligro ya es relevante. En todo caso se exige su tipificación expresa en la ubicación correspondiente al delito en concreto.

La incriminación autónoma de las organizaciones criminales sólo podría entenderse justificada en la medida en que exista una relación estructurada entre los miembros de la organización o grupo criminal representen un peligro permanente y objetivo de comisión de los mismos, peligro que va más allá del propio de los actos preparatorios o de la tentativa de realización de los delitos que constituyen el objeto de la asociación. En consecuencia, la organización criminal es punible al margen de la tentativa o la consumación de los delitos constitutivos de sus fines. Hay que entender, entonces, que la conducta típica no sólo es la planificación de un delito en concreto sino el mantenimiento temporal, la permanencia, de una organización con capacidad para lesionar diferentes bienes jurídicos.

Salvo las conductas destinadas al propio mantenimiento de la organización como ente, conductas puramente funcionales y que quizás son las que comportan una menor peligrosidad, el resto de conductas entrarían en conflicto tanto con la tipificación expresa de esos mismos comportamientos (por ejemplo, en el caso del encubrimiento personal o real) o bien con la regulación o también la atipicidad de la fase preparatoria.

Resulta fundamental no confundir la responsabilidad del sujeto por pertenencia a la organización criminal con su responsabilidad con relación a los delitos o faltas que puedan llegar a ejecutarse en su seno, que deberá conformarse a las reglas generales de autoría y participación establecidas en los artículos 27 ss. CP, proscribiéndose presunciones de responsabilidad por el hecho ejecutado derivada del mero hecho de formar parte de la organización (42).

Al igual que se venía manteniendo para los delitos de asociaciones ilícitas, al tratarse también de un delito de pertenencia y por lo tanto permanente, la consumación se produce desde el momento en que se realice alguna forma de colaboración o participación en la organización o grupo criminal.

No se requiere para la consumación el que en el desenvolvimiento de su actividad se cometan determinadas infracciones, sino desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, bastando con que se acredite alguna clase de actividad de la que se pueda deducir que los

(42) Sin embargo, como nos recuerda la STS de 17 de julio de 1993 la circunstancia de pertenencia a una organización delictiva no genera, sin más, la asunción de todas las responsabilidades penales imputables a aquella en cuanto proyección de las decisiones humanas que acaezcan, sino que los principios de culpabilidad y de justicia y proporcionalidad exigen la expresa determinación de los precisos comportamientos de cada uno de los puros asociados, con exclusión, así, de responsabilidades por resultados más graves que los asumidos.

integrantes de la asociación han pasado del mero pensamiento a la acción (43). Aunque sea bastante a estos efectos con la decisión de hacerlo, traducida en actos externos tal actividad puede referirse a múltiples aspectos relacionados con la finalidad delictiva, tanto a la captación de nuevos miembros, al adoctrinamiento y medios materiales para sus fines, a la preparación o ejecución de acciones o a la ayuda a quienes las preparan o ejecutan o a quienes ya lo han hecho.

Por ello, esta tipificación general de las actividades colectivas de preparación de delitos consideramos que supone una contradicción interna en un Código Penal donde el castigo autónomo de la fase preparatoria resulta absolutamente excepcional (arts. 17 y 18 CP que incorporan un sistema *numerus clausus*).

Además, cuando estos actos preparatorios estén tipificados expresamente en el delito correspondiente, como veremos a continuación en el caso de la trata de personas, la punición autónoma de estos actos preparatorios se rige en todo caso por el principio de subsidiariedad de un concurso de leyes, quedando desplazada su aplicación en todo caso si comienza la ejecución del hecho, ya termine siendo una tentativa o un delito consumado. En ese caso, comenzada la ejecución, las intervenciones en fase preparatoria únicamente podrán ser tenidas en cuenta como formas de participación en el delito finalmente perpetrado (inducción, cooperación necesaria o complicidad), siendo entonces el bien jurídico protegido el mismo que el que protegería el delito finalmente ejecutado; un Código penal que derogó la agravante, genérica y específica, de premeditación y donde el hecho de realizar diferentes delitos «en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión» supone también uno de los requisitos del delito continuado para evitar las consecuencias más severas del concurso real.

En el caso de la trata de personas, como decíamos, el legislador ha optado por tipificar expresamente las resoluciones manifestadas en la fase preparatoria del delito (tal como exige para su castigo los arts. 17 y 18 CP) de la siguiente forma:

Artículo 177 bis 8 CP: «La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de trata de seres humanos serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente».

Por lo que, de no llegar a comenzar la ejecución del tipo de trata, pero sí la fase preparatoria de la misma en el seno de una organización o grupo criminal deberemos discernir si nos encontramos ante un concurso de leyes o de delito y su resolución.

(43) STS de 31 de marzo de 2010 sobre el caso Jarrai-Haika-Segi.

La delimitación entre la organización o el grupo criminal aplicable a la planificación de cualquier delito o falta continuada, y la conspiración para delinquir (art. 17 CP) configurada como acto preparatorio punible únicamente con relación a determinados delitos se centrará básicamente en la vocación de permanencia de la organización —que requiere un acuerdo de voluntades dirigido a la programación de un plan delictivo que traspase los límites de la concreta realización futura de un determinado ilícito o ilícitos criminales— frente a la conspiración que se limitará a un único delito, a un delito aislado y determinado en el tiempo, en principio. La conspiración se limitará a los que se conciertan para cometer un delito concreto y que además resuelven ejecutarlos ellos mismos como autores (44). La organización criminal, delito autónomo de los que finalmente se ejecutarían, sancionará a todos sus integrantes con independencia de los sujetos que en concreto tomen parte directa en la ejecución de los delitos que constituyen su objeto.

La conducta típica de las organizaciones y grupos criminales coincidiría por completo con la fase preparatoria del concreto delito fin que se cometería en su seno y, por lo tanto, si fuera el único delito que se pretende cometer —por ejemplo, posibilidad prevista para los grupos criminales (art. 570 ter CP)—, establecer un bien jurídico diferente en ambos tipos no parece posible. Si fueran varios delitos de la misma naturaleza, ocurriría lo mismo. E incluso cuando se tuviera como objetivo la comisión de diferentes tipos penales habría una coincidencia al menos parcial.

Al haberse tipificado estas formas de intervención conjunta (más o menos estable) en la planificación de delitos se estaría adelantando la barrera punitiva de la ejecución conjunta o pluri-intervención delictiva, ya sea en forma de coautoría o de autoría y participación, puesto que en ambos casos sería posible y en muchos casos necesaria la coordinación de las diferentes intervenciones.

En la discusión doctrinal sobre el fundamento de la coautoría se mantiene mayoritariamente que el mero concierto, la coordinación de la actuación en grupo, representa un aumento de la capacidad lesiva del grupo frente al peligro que supondría la suma de las aportaciones individuales sin concierto. La mayoría de la doctrina opina que así se fundamenta el principio de imputación recíproca y la existencia de un

(44) No como autores o partícipes como afirma la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por la LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, lo que provocaría graves problemas interpretativos que en algunos casos llevaría a castigar más al conspirador que al cómplice del delito ejecutado.

único delito del que responden todos independientemente de su aportación concreta (siempre que sea de autoría y ahí depende de la teoría que se mantenga) (45).

Podríamos llegar a la conclusión de que, si el grupo se conforma y tiene como único objetivo la comisión de una clase de delitos concretos, entonces no existiría un bien jurídico diferente en la existencia del grupo criminal que el propio protegido por el delito que se pretende cometer. La propia existencia del artículo 570 bis CP y del artículo 570 ter CP debería suponer, como hemos adelantado en epígrafes anteriores, que la conducta no coincide exactamente con la fase preparatoria de un delito, sino que conlleva un plus de antijuridicidad. Así, el bien jurídico de la organización criminal depende de su estabilidad, circunstancia que no concurriría en el grupo criminal –de hecho es una de las características que posibilita la diferenciación de ambos fenómenos–, por lo que dicha tipificación del grupo criminal para la comisión de un único delito obligaría a reconocer que nos encontramos ante una tipificación con carácter general de los actos preparatorios de cualquier delito (y de la reiteración en la comisión de cualquier falta) articulada en un tipo de la Parte especial. De ser así, por una parte, se trataría de un curioso fenómeno en la técnica legislativa penal. Lo normal sería que en la parte especial se exceptuaran puntualmente normas generales con relación a algún delito concreto, pero que una cláusula general sobre punición de la concertación en fase preparatoria se escondía como un tipo específico resultaría original cuando menos (46).

En nuestro ordenamiento, como es sabido, se tipifican excepcionalmente y conforme a un sistema de *numerus clausus* tres formas de actos preparatorios concretos: la conspiración y la proposición (art. 17 CP) y la provocación (art. 18 CP), exigiéndose en ambos casos la tipificación expresa de la conducta preparatoria en la regulación del concreto delito del que se trate. Como ocurre, por ejemplo, en el caso de trata de personas (art. 177 bis 8 CP).

De esta forma, sólo estará justificada la tipificación expresa de los actos preparatorios específicos cuando sea necesaria para incrementar las estrategias de prevención de la comisión de delitos muy graves –que lesionen la vida, la integridad física o la libertad de otros seres humanos– y sólo en casos de peligro claro y actual. La pena debe ser siem-

(45) Pero jamás se ha afirmado que represente un peligro distinto o para bienes jurídicos diferentes del propio del delito concreto.

(46) Y, por otra parte, se infringiría claramente el principio de proporcionalidad.

pre inferior a la del delito planificado y, en todo caso, debe ser proporcional en relación con la pena de la tentativa.

La concertación de más de dos personas para la ejecución de un delito se asemejaría a una forma amplísima de conspiración, puesto que la doctrina dominante limita la conspiración a una coautoría anticipada, es decir, a los sujetos que comprometen su intervención como autores en la fase ejecutiva del delito planificado. Por ello, no todo el que participa en el concierto con promesa de aportación futura va a ser conspirador. Sin embargo, el grupo criminal abarcaría indistintamente tanto a futuros autores como a meros partícipes siempre y cuando coordinaren sus actividades futuras con el objetivo común de la ejecución de un delito.

Para la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por la LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales los criterios que permiten diferenciar la existencia de una organización o grupo criminal frente a los supuestos de codelincuencia o planificación del delito por una pluralidad de personas son:

1. El acuerdo de voluntades dirigido a la programación de un proyecto o plan delictivo, con anticipación temporal a la ejecución de los concretos delitos programados, y dotado de una cierta continuidad temporal o durabilidad, que supera la simple u ocasional consorciabilidad. Lo que obligará entonces al intérprete a diferenciar tres situaciones: la organización criminal –agrupación de personas con vocación de permanencia–, el grupo criminal, en el que sus integrantes no se limitan a la ejecución puntual de un delito pero que tampoco pretenden permanecer en el tiempo y, por último, el grupo que no pretende ninguna permanencia sino que se conforma para la comisión de un único delito (47). Ciertamente, la inseguridad jurídica que se plantea deberá ser delimitada con mayor claridad por los tribunales.

2. La trascendencia del acuerdo de voluntades más allá del concreto hecho ilícito o hechos ilícitos que se cometan. Sin especificar dónde acaba y cómo se concreta ese «más allá» donde debe trascender el acuerdo.

3. La distribución de cometidos o tareas a desarrollar. Criterio que evidentemente no puede servir para delimitar la figura con relación a la codelincuencia.

(47) Otro problema en el que no podemos entrar a fondo en este trabajo es que, aunque el grupo criminal pueda tener por objeto, como establece el art. 570 ter CP, la comisión de un único delito, pero esto no implicaría que no pudiera tener estabilidad, puesto que podría tratarse de un delito cuya ejecución tuviera una amplia duración temporal de su ejecución.

4. La existencia de una mínima estructura criminal presidida por la idea de coordinación adecuada a la actividad criminal programada, que también obligaría, como en el primer supuesto, a delimitar entre la estructura jerárquica estable de las organizaciones criminales, esta situación intermedia exigida a los grupos criminales y ¿la desorganización de la codelinquencia?

5. Y el empleo o acopio de medios idóneos a los planes de la organización o grupo criminal, lo que igualmente no resulta viable puesto que es propio de cualquier tipo de actividad delictiva.

Vemos que ninguno de estos criterios salva las dificultades interpretativas que plantean los nuevos tipos pese a la buena voluntad que emplea la Fiscalía para encontrar una solución viable.

Las consecuencias de esta regulación en los casos en los que el grupo criminal no materialice sus intenciones en la ejecución del delito no son fáciles de prever. Así:

a) Si en la regulación del delito planificado no se prevé expresamente el castigo de la conspiración –por ejemplo, un delito contra la libertad sexual– deberíamos aplicar la disposición prevista en el artículo 570 ter.1.a): de dos a cuatro años de prisión si se trata de uno o más delitos graves y de uno a tres años de prisión si se trata de delitos menos graves, independientemente, se insiste, de que el sujeto hubiera comprometido una aportación de autor o participe en el delito fin. Con relación a este punto, sólo poner de relieve la desproporción punitiva entre las penas previstas para los autores del delito consumado y las que serían de aplicación por la mera participación en un acuerdo comprometiendo, por ejemplo, una aportación propia de cómplice en el futuro delito. Tomando como ejemplo un estupro del artículo 183.1, al autor del hecho consumado se le aplicará la pena de prisión de uno a dos años. Sin embargo, si sólo participa en la fase preparatoria en un acuerdo con otras dos personas y compromete una aportación de cómplice, a pesar de que no comenzase la fase ejecutiva del delito en cuestión, se le debería aplicar una pena de prisión de uno a tres años.

b) Si el delito en concreto tiene la conspiración expresamente tipificada en el capítulo correspondiente –normalmente con idéntica pena que la tentativa–, aumentarán los problemas. Sin ir más lejos el delito de trata de personas, que en el citado artículo 177 bis 8 aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la pena del tipo consumado correspondiente. Si partimos del tipo base que tiene una pena de prisión de cinco a ocho años, corresponderá una pena de dos años y medio a cinco años menos un día o de año y tres meses a dos años y medio menos un día. Sin embargo, si nos vamos al tipo agravado por

cometerse en el seno de organización o grupo criminal, que impone la pena superior en grado, en el artículo 177 bis 6, las penas de la conspiración a la que nos referimos sería o bien de prisión de cuatro a ocho años menos un día o de dos a cuatro años menos un día.

Como, evidentemente, habrá un conflicto entre una excepción a la norma general de impunidad de los actos preparatorios, establecida expresamente en el tipo del artículo 177 bis 8 CP y una norma de aplicación general para todos los delitos establecida en el tipo del artículo 570 ter CP, y como el ámbito de posibles sujetos que abarca no coincide *a priori*, habrá que decantarse entre dos posibilidades:

Para los integrantes del grupo criminal que hubieran comprometido aportaciones propias de autoría en el futuro delito, la coincidencia sería total entre ambas disposiciones y se estaría ante un concurso de leyes a resolver por las normas del artículo 8 CP. La determinación del tipo a aplicar dependerá del criterio de resolución que se entienda aplicable. Parece que el criterio más adecuado para resolverlo sería el principio de especialidad (art. 8.1 CP), por el que el tipo del artículo 141 CP desplazaría la aplicación del artículo 570 ter CP. La remisión expresa a la alternatividad del artículo 570 quáter CP no llegaría a ser tenida en cuenta, como veremos en su momento, aunque, si fuera de aplicación la solución no variaría y también tendríamos que optar por la conspiración de homicidio (art. 141 CP) por tener prevista en abstracto una pena mayor.

Para los integrantes del grupo criminal cuya aportación fuera únicamente de participación en el delito fin, no habría conflicto alguno puesto que la conspiración del artículo 141 CP sólo abarcaría las futuras autorías, y únicamente sería de aplicación la disposición correspondiente del artículo 570 ter CP.

Complica aún más la admisibilidad de esta interpretación el que, si finalmente el delito se llegase a ejecutar, las normas que incriminan la fase preparatoria con carácter general –la conspiración del artículo 17 CP tipificada expresamente en el delito concreto– quedarían desplazadas en virtud del criterio de subsidiariedad por la tentativa o la consumación del delito (art. 8.2 CP). Por ello, no cabe admitir que en supuestos en los que la contribución del sujeto es de menor gravedad –por ejemplo, porque únicamente compromete su participación como cómplice– pudiera acudir a un concurso de delitos entre el artículo 570 ter y la participación efectiva en el delito finalmente perpetrado.

La conclusión no puede ser otra que el rechazo a esta posible interpretación debiendo exigirse en todo caso que el grupo criminal

suponga un plus de antijuridicidad frente a la fase preparatoria de un delito, fase que, como veíamos, está sometida a sus propias reglas de tipificación en el sistema *numerus clausus* elegido por nuestro Código penal.

En estos supuestos, si los delitos o faltas concertados tuvieran tipificada la conspiración en fase preparatoria, podríamos llegar a la conclusión de que estas conspiraciones específicas quedarían desplazadas por el tipo del artículo 570 ter, por abarcar el conjunto de todas ellas –principio de especialidad (art. 8.1)–, pero quizás sería complicado que todos los delitos planificados por el grupo tuvieran tipificada expresamente la fase preparatoria en sus capítulos –aunque si hubiera homogeneidad delictiva, por ejemplo, cinco homicidios, se pudiera tratar de un concurso ideal de cinco conspiraciones del artículo 141–. Sin embargo, también se puede entender que se trata de un bien jurídico diferente al puesto en peligro por la conspiración a un delito en concreto, y entonces la duda estaría entre aplicarles un concurso de delitos –por ejemplo, concurso ideal por identidad parcial de acción– o un concurso de leyes a resolver aplicando el principio de consunción (art. 8.3 CP).

IV. LA RESPONSABILIDAD AGRAVADA DE LOS DIRIGENTES

El artículo 177 bis, 4 segundo párrafo CP agrava aún más la responsabilidad en caso de tratarse de jefes, administradores o encargados de las organizaciones o asociaciones, aun temporales, alcanzándose entonces la pena de prisión de diez a doce años sobre el tipo base (48).

Art. 177 bis. 4 segundo párrafo CP: «Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En todo caso se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 o la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo».

En materia de organizaciones y grupos criminales también la posición jerárquica superior otorga una mayor penalidad. Conforme al artículo 570 bis CP quienes promuevan, constituyan, organicen, coordinen o dirijan la organización criminal serán castigados con pena de prisión de cuatro a ocho años, cuando tengan como objetivo la comisión de delitos graves y prisión de tres a seis años, en los demás

(48) Pudiendo ser aún mayor si concurriera alguna otra agravante.

casos (49). Sin embargo, el artículo 570 ter CP no distingue entre los que constituyeren, financiaren o integraren el grupo criminal, sino que la pena dependerá únicamente del delito que pretenda cometer el grupo. Quizás tenga cierto sentido no fundamentar una agravante en la jefatura de un grupo criminal puesto que como hemos visto no se caracteriza por la permanencia pero, es cierto, que sorprende si lo comparamos con su paralelo del artículo 570 bis y sobre todo con el resto de circunstancias agravantes específicas que salpican el Código penal y que, como ocurre en la trata de personas, recogen agravantes por realizarse en el seno de la criminalidad organizada, de hecho, en el artículo 177 bis 6 al castigar a los *jefes, administradores o encargados* puedan serlo tanto de una organización (jerárquica y estable) como de un grupo sin demasiada estabilidad o permanencia.

Son promotores o constituyentes quienes asumen el rol de «ideólogos» de las actividades y finalidades de una organización, y también quienes realizan la función de «reclutamiento» y «adoctrinamiento» de sus miembros, es decir, todos aquéllos que la promocionan o promueven, entre ellos, los fundadores del ideario de la banda criminal (50) y de sus líneas de actuación, los cuales suelen estar vinculados a su creación. Son dirigentes, directores, organizadores o coordinadores, los que gobiernan o mandan en una asociación criminal, esto es, aquéllos que dan las reglas, órdenes y directrices que deben seguirse dentro de la organización.

Lo específico del comportamiento de un directivo es el rango jerárquico, la posición orgánica desde la que éste actúa, una posición de predominio, de supremacía, aceptándose que las funciones de mando pueden ejercerse de forma originaria o delegada. De este modo, junto a los directivos máximos o directivos últimos se introduce la figura de los mandos intermedios, que participa de las funciones de dirección, por más que sus funciones se maticen temporal o localmente; por más que sean delegadas u ocasionales, subalternas. Los dirigentes ejercen funciones de mando ocasionalmente, las cuales tienen por objeto a grupos concretos no a la organización en su conjunto, que es la actividad propia del directivo (51).

(49) En la redacción del precepto se incluye como conducta típica, además de promover, constituir, organizar o dirigir, la de coordinar, que no está recogida entre las conductas propias de las organizaciones terroristas, por ejemplo. Dadas las consecuencias que en este ámbito puede tener la utilización concreta de unos términos u otros, sería más adecuado que los términos que se utilizasen fueran exactamente idénticos en uno y otro artículo.

(50) STS de 16 de febrero de 2007.

(51) SSTS de 31 de marzo de 2010 y 21 de enero de 2009.

Sin embargo, aparte de imponer la agravación de la responsabilidad penal a quienes tienen capacidad de organización en las organizaciones criminales en cuyo seno se comete el delito, no aporta solución a los problemas de imputación al dirigente de las conductas materialmente realizadas por los sujetos más o menos fungibles que se encuentran en la base de la pirámide. Este problema debe solucionarse con los criterios tradicionales sobre imputación al dirigente de la organización que habitualmente se considera coautor (52), autor mediato (53) o mero inductor (54).

V. LAS AGRAVANTES ESPECÍFICAS DE LAS ORGANIZACIONES CRIMINALES Y LA TRATA DE PERSONAS

En el artículo 570 bis. 2 CP se establece el listado de las circunstancias que conllevarán la imposición de la pena correspondiente en mitad superior, siendo de aplicación la pena superior en grado cuando concurren varias.

Conlleva la imposición de la pena correspondiente en mitad superior el hecho de que la organización esté compuesta por un elevado número de personas [art. 570 bis. 2.a)], pudiéndose encontrar el mayor desvalor del hecho en una mayor peligrosidad de la organización, no sólo por su mayor estabilidad sino por la mayor fungibilidad de sus miembros. Parece que la agravación puede limitarse a grandes estructuras criminales que mantienen una estructura organizativa rígida que sirva como base para afirmar un dominio de la organización por parte de sus dirigentes. Quedan así excluidos y se mantendrían en el tipo base aquellos pequeños grupos, familias, etc., cuyos miembros se conexionan por estrechos lazos entre sí y precisamente es esa confianza mutua lo que hace que no acudan a agentes externos –la clandestinidad necesaria para una actuación eficaz de las organizaciones

(52) Vid. MUÑOZ CONDE, «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada», en FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALLO (eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Madrid, 1999, pp. 151 ss.

(53) Cfr. ROXIN, «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada», en FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALLO (eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Madrid, 1999, pp. 191 ss.

(54) Vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Ministerio del Interior, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 157 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, «La criminalidad organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación», *La criminalidad organizada. Aspectos Sustantivos, procesales y orgánicos, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 2001, pp. 262 ss.

criminales muchas veces implica que los ejecutores hayan sido elegidos por unas especiales características o confianza— (55).

La segunda agravante consiste en que la organización disponga de armas o instrumentos peligrosos (art. 570 bis. 2 CP) pues implica un mayor peligro que para la vida o la integridad física significa la utilización de medios peligrosos en los delitos planificados por la organización (56).

Que la organización disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que, por sus características, resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables [art. 570 bis.2.c) CP] supone otra de las agravaciones específicas. Se tipifica como agravante la disposición de medios que faciliten la comunicación entre los componentes de la organización criminal y, por tanto, la coordinación entre ellos. Podemos plantearnos si no se está valorando de nuevo una característica innata del grupo, como es la coordinación entre sus miembros, para lo cual quizás fuera necesario poseer estos medios tecnológicos avanzados de comunicación —imputación objetiva del riesgo—, que, en concreto, podría referirse a teléfonos móviles, ordenadores, etc., pero siempre que spongian un medio tecnológico «avanzado», es decir, un plus sobre la conducta básica (57), lo que debe determinarse partiendo de que vivimos en una sociedad tremendamente tecnológica donde medios muy avanzados de comunicación están al alcance de muchos ciudadanos.

Por último, y de mayor interés para el tema que nos concierne en este trabajo, encontramos la agravante que se fundamenta en la natu-

(55) Señala la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por la LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, que, a los efectos de apreciación de esta agravación, deben computarse todos los integrantes de la organización, con independencia de su responsabilidad criminal, por poder concurrir en ellos alguna circunstancia eximente, como es el supuesto de organizaciones que tengan por objeto la explotación y utilización de menores para la práctica de la mendicidad o la comisión de delitos y/o faltas. Habrá que tener extremo cuidado a la hora de contabilizar el número de integrantes y no confundir en los casos citados por la Fiscalía entre víctimas y delincuentes.

(56) La materialización de ese resultado lesivo puede plantear problemas de *bis in idem* en caso de aplicación conjunta de este precepto con el correspondiente delito de lesiones o de homicidio en su caso. Sin embargo, podría entenderse que el peligro que comporta la disponibilidad de armas o instrumentos peligrosos por parte de los miembros de la organización o grupo criminal no se concreta en la lesión concreta que pueda producirse.

(57) Como acertadamente señala la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado no basta con probar la disponibilidad de buques, embarcaciones o aeronaves, o de teléfonos satélites, redes de comunicación social, o cualquier otro medio avanzado de comunicación en función del estado y evolución de la técnica, sino que es preciso demostrar que sus características incrementan el desvalor del injusto de modo que su empleo facilite la ejecución de los hechos o la impunidad de sus responsables.

raleza de los delitos que pretende cometer la organización criminal, pues, cuando se trate de delitos contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos (art. 570 bis. 3) cuyo fundamento reside en la relevancia del elemento tendencial, es decir, la importancia del bien jurídico protegido por el delito planificado, cuando éste sea contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos.

Sin embargo, en la tipificación concreta de los delitos contra alguno de estos bienes jurídicos (no todos, pero sí en el caso de la trata de personas, por ejemplo) se ha tenido en cuenta la circunstancia de que el sujeto formara parte de una organización o grupo criminal para construir una agravante específica (art. 177 bis. 6 CP) –por ejemplo, lo cual plantea o agrava los problemas de *bis in idem* en su aplicación conjunta.

Tampoco en este punto coincide la redacción del artículo 570 bis con la del 570 ter, puesto que éste último, sólo recoge como agravantes específicas las tres primeras agravaciones de las organizaciones criminales (las que se agrupan en el art. 570 bis 2 CP). Por lo tanto, al ser la trata de personas un delito grave en función de la pena encajaría sólo en el tipo del artículo 570 ter 1 a).

VI. LAS ORGANIZACIONES Y GRUPOS CRIMINALES Y LOS DELITOS COMETIDOS EN SU SENO

1. Problemas concursales

Si finalmente se llegan a ejecutar los delitos planificados debemos resolver el problema concursal a aplicar entre la organización criminal (art. 570 bis CP) o el grupo criminal (art. 570 ter CP) y el delito o los delitos ejecutados. Las posibilidades serían:

- Un concurso de leyes a resolver conforme al principio de subsidiariedad a favor de los tipos penales, por ejemplo, la trata de personas, en su caso, aplicando la agravante específica de pertenecer el sujeto (o ser dirigente) de la organización o grupo criminal.
- Un concurso real de delitos entre todos los tipos penales.
- Un supuesto específico de concurso ideal denominado concurso ideal abrazadera. Al ser la organización o grupo criminal un delito permanente, existirá identidad parcial de acción con cada uno de los delitos cometidos por sus miembros. Entonces, si los delitos perpetrados abarcados temporalmente por el delito permanente tienen menor

pena a la de éste, se aplicará un concurso ideal por identidad parcial de acción entre todos. Sin embargo, si los delitos que cometa el miembro del grupo tienen mayor pena que el delito permanente, deberemos optar por un concurso real.

La aplicación jurisprudencial tampoco nos da pistas sobre la posible solución a estos problemas puesto que directamente nuestros tribunales no han abordado aun cuál es la relación entre los tipos. En los últimos años, desde la entrada en vigor de la nueva regulación incorporada por la LO 5/2010, que afecta tanto a la tipificación por primera vez de las organizaciones y grupos criminales como a la trata de personas, en este caso, de forma autónoma en el artículo 177 bis CP, no existe una sola sentencia en la que se solicite la aplicación ni de la agravante específica del artículo 177 bis 6 CP –la trata de personas agravada por haberse realizado en el seno de una organización o grupo criminal– ni mucho menos la concurrencia (tanto en concurso de delitos como de leyes) con las diferentes formas de criminalidad organizada tipificadas de forma expresa en las organizaciones o grupos criminales, donde, como hemos visto, se agravan específicamente las organizaciones criminales por planificar en su seno la trata de personas.

Realmente llama la atención esta ausencia de material jurisprudencial, incluso cuando de los hechos probados de muchas de ellas se desprende la existencia de una organización o de un grupo criminal organizado y más o menos estable, con funciones determinadas y donde los condenados cumplían una determinada función. Quizás la explicación resida en que la calificación por parte del Ministerio Fiscal no lo solicita en ningún caso. Lo que tendremos que explicar es el por qué de esta omisión (58), más extraña cuando una Circular de la Fiscalía General del Estado (CFGE 2/2011) se dedica en exclusiva a la criminalidad organizada y a la explicación de los nuevos tipos. Esperamos que en breve tengamos la oportunidad de que la Jurisprudencia pueda pronunciarse al respecto.

2. Aparente solución aportada por la regla específica del artículo 570 quáter 2 CP. Aplicación del concurso de leyes a resolver por el principio de alternatividad (art. 8.4 CP)

Sin embargo, la mayor excentricidad de los tipos dedicados a las organizaciones o grupos criminales consiste quizás en recordarnos

(58) Quizás la gravedad de la respuesta penal prevista para estos supuestos reprima su aplicación práctica.

que cuando la conducta propia de la organización o grupo criminal coincidiera con el contenido tipificado por otro precepto del Código, se aplicará un concurso de leyes a resolver por el criterio de alternatividad: «En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con una pena menor» (art. 8.4 CP).

Esta remisión expresa, en nuestra opinión, resulta superflua. No se trata de una regla específica de alternatividad aplicable únicamente a este capítulo, sino que se trata de una remisión expresa al criterio de alternatividad que se establece en el artículo 8.4 CP. Esta remisión expresa podría entenderse como la postergación, *sensu contrario*, del resto de criterios de resolución del concurso de normas: criterio de especialidad (art. 8.1 CP); criterio de subsidiariedad (art. 8.2 CP) y criterio de consunción (art. 8.3 CP), que como indica el propio artículo 8 CP resultan preferentes en cualquier caso al de alternatividad. Justificar dicha postergación no parece tarea fácil, puesto que en caso de concurrir el fundamento del resto de los criterios establecidos como preferentes en el artículo 8 CP, su no aplicación a favor de la alternatividad, supondría la ruptura de la sistemática interna y la aplicación de criterios de interpretación de pura lógica entre diferentes tipos penales.

Sin embargo, podemos entender que la norma no persigue saltarse los tres primeros epígrafes del artículo 8 CP en la resolución de conflictos de normas, sino simplemente se conformaría como un recordatorio de la norma general en la que el contenido de dos tipos coincide completamente, lo que no ocurre en los supuestos a resolver por especialidad, subsidiariedad y consunción, donde el tipo preferente supone un plus o un minus de antijuridicidad específica con respecto al tipo desplazado. Por lo tanto, siguen siendo de aplicación preferente los tres primeros criterios del artículo 8 CP. Se mantendrá entonces la aplicación del principio de alternatividad para cuando sean posibles dos calificaciones y aparentemente cada una de ellas contenga todo el desvalor del hecho.

No parece que la regulación de este precepto pretenda resolver los problemas concursales que se produjeran entre la pertenencia (o dirección...) de las organizaciones o grupos criminales y los delitos cometidos en su seno, en general. Supuestos que deberán ser resueltos conforme a las normas generales sobre concursos de normas o de delitos, que analizaremos con posterioridad. Este precepto parece hacer referencia a otros tipos donde ser contenga el mismo desvalor parece remitirnos y así lo viene entendiendo la Fiscalía, a las agravaciones específicas que se han ido incluyendo progresivamente en determinados tipos contra bienes jurídicos concretos, donde se entiende que

puede presentarse el problema, por la pertenencia del sujeto a asociaciones, organizaciones y grupos criminales. Lo que ocurre también en el delito de trata de seres humanos.

El artículo 570 quáter, 2 parece asumir la idea de que los tipos incorporados por la reforma se solapan con la regulación específica establecida para algunos tipos con relación a la participación de sus autores en asociaciones, organizaciones o grupos criminales. Por lo tanto, en primer lugar debemos realizar la comparación entre ambas posibilidades para saber cuándo se produce dicho conflicto y cómo deberá resolverse y si, en su caso, la nueva normativa podría suponer la derogación tácita de algún precepto anterior –lo que ocurriría si coincidiera completamente su contenido, evidentemente–.

La mención expresa de la pertenencia del sujeto a una asociación, organización o grupo criminal o expresiones similares –necesitadas de unificación– salpica el texto del Código penal de múltiples y variadas formas. En ocasiones como constitutivas de figuras concretas, como la coautoría, o de la agravante genérica de actuación en grupo (59) y en otras ocasiones conforma subtipos especiales agravados de diferentes delitos, entre los que se encuentra la trata de seres humanos [art. 177 bis. 6 (60)] (61).

(59) El Código Penal aborda la específica peligrosidad de la actuación coordinada en grupo desde diferentes frentes.

- En materia de autoría y participación está prevista la coautoría (art. 28, párr. 1.º).
- La conspiración, como excepción a la impunidad de la fase preparatoria, tipifica la planificación de una coautoría.
- Como circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, además de la agravante genérica del artículo 22.2, donde se agrava la pena de los sujetos que ejecuten el hecho con el auxilio de otras personas que debiliten la posibilidad de defensa del ofendido o faciliten su impunidad, circunstancia que parece centrarse en la fase de ejecución del hecho y no en la participación de una pluralidad de sujetos en la fase preparatoria, se han ido incorporando circunstancias agravantes específicas que redundan en la misma idea de participación del sujeto en una organización o grupo criminal, ya sean de carácter permanente o temporal.

Esta alternativa, pese a los problemas que plantea, aclara los problemas de determinación del bien jurídico protegido, resulta mucho más coherente con la sistemática general de los actos preparatorios y evita muchos conflictos normativos.

(60) Recordemos que pertenecer a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicara a traficar con seres humanos, supone la imposición de la pena superior en grado y la aplicación de la de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena y a los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.

(61) Además también en Delitos contra la salud pública, Delitos de prostitución y corrupción de menores [art. 187.4 y 188.4.b)]; Delitos de descubrimiento y

La comparación entre la aplicación de las disposiciones de las organizaciones y los grupos criminales con estos tipos en los que se aborda de forma específica el mismo o semejante problema, no obstante, no tiene razón de ser. La referencia expresa al criterio de alternatividad para la resolución de los posibles concursos de leyes que se establece en el artículo 570 quáter, 2, *in fine*, no aporta una regulación diferente y específica a la establecida con carácter general en el artículo 8.4 CP. El principio de alternatividad como criterio regulador del concurso de leyes exige una coincidencia total entre las normas en conflicto y se aplica subsidiariamente al resto de los criterios establecidos previamente en el mismo tipo, por lo que, de resultar aplicable alguno de los anteriores, el principio de alternatividad no llegaría a ser de aplicación.

Pues bien, de haberse tipificado la misma conducta en el capítulo VI del título XXII, que recoge la pertenencia a una organización o a un grupo criminal y los delitos cometidos por la organización cuando se tipifique la pertenencia a esos grupos cuando atenten contra bienes jurídicos específicos, siempre resultara de aplicación el tipo específico en virtud del criterio de especialidad (art. 8.1 CP).

revelación de secretos (art. 197.8); Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial [art. 271.c) y 276.c)]; Receptación y otras conductas afines (art. 302.1 y 304); Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318.bis.4); Delitos contra la salud pública (art. 369 bis, 370.3, 371.2 y 373); Falsificación de moneda y efectos timbrados (art. 386). Otras circunstancias agravantes específicas.

Existen otras circunstancias agravantes específicas que, sin referirse concretamente a la pertenencia a una asociación, organización o grupo criminal, pueden interferir en la aplicación de los tipos del artículo 570 bis y 570 ter:

1. Respecto de los delitos contra la indemnidad sexual de menores de 13 años: cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas [art. 183.4.b)].

2. Agravante específica de los delitos relativos al mercado y a los consumidores: que los sujetos se dediquen de forma habitual a tales prácticas abusivas (art. 285.2.1.^ª).

3. Agravante específica en los delitos contra los derechos de los trabajadores: se prevé la aplicación de las penas superiores en grado a la de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses –es decir, prisión de tres a cuatro años y medio y multa de doce a dieciocho meses– a los que, actuando en grupo, o individualmente pero de acuerdo con otros, coaccionen a otras personas a iniciar o continuar una huelga (art. 315.3).

4. Agravante específica en los delitos contra la salud pública: se impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el artículo 368 y multa del tanto al cuádruplo cuando el culpable participe en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito (art. 369.1.2.^ª), así como cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones a que se refiere la circunstancia 2.^ª del artículo 369.1 (art. 370).

Pero, más importante aún resulta el hecho de que en ningún caso podremos afirmar que haya coincidencia material entre los tipos, puesto que las agravantes específicas se refieren a los hechos ejecutados, y no únicamente a la pertenencia a la organización o al grupo criminal. Es decir, se refieren a un hecho concreto ejecutado en sede de la organización o grupo y no a la fase preparatoria del mismo. E independientemente de que el delito prevea agravante específica de organización o grupo criminal o no. Se trata de hechos distintos puesto que una cosa es el mantenimiento de la existencia de la organización, que podrá consistir, como ya vimos anteriormente, en la realización de actividades tendentes a la conservación de la propia estructura de la organización o grupo (por ejemplo, el reclutamiento de nuevos miembros), pero también conductas pertenecientes a la fase preparatoria de delitos, de los concretos delitos ejecutados en su seno.

Estaríamos en cualquier caso en una identidad parcial de acción que una parte de la doctrina mantiene que debe resolverse conforme a las reglas del concurso ideal (art. 77 CP) y que para la Jurisprudencia suponen casos de concurso real (art. 73 CP).

Donde podrían plantearse problemas de *bis in idem* será al aplicar un concurso de delitos entre un delito permanente (como es la organización o grupo criminal) cuando la actividad del sujeto consista en actos que pertenecieran a la fase preparatoria de varios delitos y los tipos que castigan la ejecución de estos delitos concretos. Pero que la opción legislativa parece no dejar dudas al entender que la peligrosidad de la organización o grupo criminal no queda materializada (y por tanto absorbida) por los delitos ejecutados finalmente. Sin embargo, no es admisible esta solución en el supuesto del grupo criminal que se ha creado para la comisión de un único delito, que es finalmente ejecutado. En este supuesto, se debe optar por un concurso de leyes a resolver por el principio de subsidiariedad (art. 8.2 CP).

Igualmente resulta más complicado resolver el conflicto de normas con la conspiración para cometer esos delitos específicos, con todos los interrogantes que plantea cuando el legislador ha optado por la tipificación expresa de la fase preparatoria únicamente con relación a determinados bienes jurídicos, por ejemplo, la trata de personas (art. 177 bis CP).

La tipificación expresa y autónoma de estas conductas va a generar problemas concursales con diferentes delitos, algunos ya mencionados anteriormente:

Como hemos señalado anteriormente, en ningún caso la perpetración de los delitos planificados en el seno de la organización o grupo criminal supondrá el desplazamiento de la aplicación de los tipos pre-

vistos en los artículos 570 bis ss. CP, sino que se mantiene que la mera participación o integración en dichas organizaciones o grupos es punible independientemente de los delitos cometidos en su seno — Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por la LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales—, lo que en algunos supuestos, como veremos, resultará complicado de compaginar con la prohibición de *bis in idem*. En este caso, considera la Circular que la solución, al parecer única, sería el concurso real, descartando al parecer la posibilidad, también defendible, dependiendo del caso, de un concurso ideal por identidad parcial de acción, un concurso medial o, incluso, un concurso de leyes, en aplicación del principio de subsidiariedad, cuando el objetivo del grupo criminal, por ejemplo, sea la comisión de un único delito o de un conjunto de delitos teleológicamente conectados.

Con relación a los tipos del Libro II del Código penal que recogen como circunstancia agravante específica la pertenencia a organización, asociación o grupo criminal —o fórmulas semejantes o parecidas— se plantean situaciones diversas:

1.1 En los supuestos en los que las agravaciones se basen en la pertenencia a un grupo u organización criminal, será de aplicación un concurso de normas a favor de los tipos específicos. Sin embargo, algunas situaciones concretas siguen planteando problemas, por ejemplo: los tipos previstos en los artículos 187.4 y 188.4 el dirigente de una organización que participa en la ejecución de un delito planificado en el seno de la misma tiene prevista menor pena que la que le correspondería si únicamente fuera dirigente de la organización conforme al artículo 570 bis. No es el caso de la trata que maneja penas muchísimo más graves, pues al dirigente de la organización o grupo podrá imponérsele una pena en virtud de las agravantes específicas de hasta prisión de doce a dieciocho años.

La solución por la que opta la Fiscalía (Circular 1/2002) era aplicar un concurso de leyes conforme al criterio de especialidad (art. 8.1 CP), sin embargo, entiende ahora que la LO 5/2010, permite, conforme se establece en el artículo 570 quáter, 2, *in fine* CP, la aplicación del criterio de alternatividad y optar por la pena más grave del artículo 570 bis. Solución que no parece adecuada si observamos que en ningún caso se trata de la misma conducta, puesto que en un caso se trata de la ejecución de un hecho (que había sido planificado en una organización criminal y ejecutado por uno de sus dirigentes) y en el otro la simple planificación del mismo. A pesar de las consecuencias de una más que mejorable técnica legislativa, no se puede descartar de

esa forma criterios establecidos como preferentes como el de especialidad o el de subsidiariedad.

Pero lo que causa ya total perplejidad es cómo interpreta la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por la LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales la regla de la alternatividad del artículo 570 quáter, 2. *In fine*, entendiendo que entonces la solución sería un concurso de delitos (podemos suponer que real, aunque nada obstaría a la aplicación del concurso ideal por identidad parcial de acción) entre el artículo 570 bis o 570 ter (dependiendo de que se trate de organización o grupo) con el delito correspondiente pero sin aplicación de su agravación específica, cuando la pena así aplicada sea superior a la que prevé el subtipo agravado.

1.2 Entiende la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por la LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, que si la agravación específica sólo se refiere a las organizaciones criminales, habría que acudir al concurso real en aquellos supuestos en el que el autor o partícipe en el hecho ejecutado perteneciera además a un grupo criminal del artículo 570 ter, lo que no parece muy coherente con el principio de proporcionalidad, ya que si la conducta de pertenencia a una organización criminal resulta más grave y sólo constituye una agravante específica, no puede resultar finalmente más severa la consecuencia de pertenencia a un grupo criminal.

VII. ORGANIZACIONES Y GRUPOS CRIMINALES Y PERSONAS JURÍDICAS U OTRAS ORGANIZACIONES SIN PERSONALIDAD JURÍDICA (ART. 570 QUÁTER 1 CP)

El artículo 570 quáter recoge una serie de cuestiones comunes a las organizaciones y a los grupos criminales entre ellas un precepto realmente único en el Código penal y que recoge la posible responsabilidad penal directa de las personas jurídicas y de otras entidades sin personalidad jurídica:

Artículo 570 quáter. 1 CP: «Los jueces y tribunales, en los supuestos previstos en este Capítulo y el siguiente, acordarán la disolución de la organización o grupo y, en su caso, cualquier otra de las consecuencias de los artículos 33.7 y 129 de este Código».

Se establece que los jueces o tribunales, en los supuestos previstos en este Capítulo, acordarán la disolución de la organización o grupo y, en su caso, cualquier otra de las consecuencias del artículo 33.7 CP,

que remiten a la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, y del artículo 129 CP, que sería de aplicación a entidades sin personalidad jurídica. Esto supone la posibilidad de aplicación de todas las penas graves previstas en el artículo 33.7 CP y también de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP a las organizaciones y grupos criminales. En primer lugar, la propia redacción del precepto es absolutamente diferente a los que salpican el Código penal incorporando la responsabilidad penal de las personas jurídicas en determinados Capítulos del Código penal (62) no dejando para nada claro si cabe la responsabilidad penal directa de una persona jurídica que constituya asimismo una organización criminal (más extraño sería encajarlo como grupo criminal) o si esos supuestos, como mantiene parte de la doctrina, encajarían como asociaciones ilícitas. Preceptos por cierto, los de asociaciones ilícitas (arts. 515 ss. CP) que no recogen ningún precepto similar.

Realmente esta disposición resulta incoherente con la concepción de las organizaciones y grupos criminales como entidades de hecho, sin forma jurídica, que se constituyen únicamente *de facto* para la comisión de delitos, como veníamos interpretando y nos servía de base para la diferenciación de las asociaciones ilícitas. La aplicación de este tipo de consecuencias, por ejemplo, una multa, a un grupo de personas sin identidad conjunta como persona jurídica resulta *a priori* complicado. Por lo que, evidentemente, estas consecuencias serían una consecuencia mucho más lógica en las asociaciones ilícitas donde se protege el derecho de asociación pues las mismas sí que tienen apariencia legal, sin embargo, no se prevé la aplicación de tales consecuencias en las asociaciones ilícitas.

Esta cláusula introducida en el primer párrafo del artículo 570 quéter va a plantear serios problemas interpretativos, puesto que cualquier persona jurídica se compondrá normalmente de más de tres miembros, tendrá una mayor o menor jerarquía y conllevará necesariamente una vocación de estabilidad, por lo que, si planifican la

(62) Por ejemplo, en los delitos contra el medio ambiente, el artículo 327 establece que «*Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en los dos artículos anteriores, se le impondrán las siguientes penas:*

- a) *Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión superior a cinco años.*
- b) *Multa de uno a tres años, en el resto de los casos.*

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33».

comisión de delitos, sus características coincidirán con las de las organizaciones criminales. Al haberse previsto en el artículo 570 bis la aplicación del tipo a la planificación de cualquier delito, la terrible consecuencia será que se abre la puerta a la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas en la fase preparatoria de cualquier delito, no así en la ejecución de los mismos. Probablemente, no sea una interpretación buscada por el legislador, sin embargo, habrá que esperar a la praxis judicial para ver cómo se lleva a la práctica.

Además, llama la atención el hecho de que el epígrafe no contiene criterio alguno que posibilite la aplicación de la multa, tanto por cuotas como proporcional, prevista en el artículo 33.7.a), a diferencia de lo que ocurre en el resto de preceptos del Código penal donde se prevé la responsabilidad penal de personas jurídicas. Lo que va a imposibilitar en la práctica su aplicación. Subsistiendo la posibilidad de aplicación del resto de las penas previstas.

Por otra parte, para ahondar con nuestros problemas de *bis in idem* en los casos en el que se hayan cometido delitos en su seno, concretamente en el caso de la trata de personas, el artículo 177.bis. 7 CP establece la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas.

Artículo 177 bis 7 CP: «Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quintuple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33».

VIII. LA FIGURA DEL ARREPENTIDO COLABORADOR (ART. 570 QUÁTER 4 CP)

Artículo 570 quáter 4 CP: «Los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer al responsable de los delitos previstos en este Capítulo la pena inferior en uno o dos grados siempre que el sujeto haya abandonado de forma voluntaria sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o grupos a que haya pertenecido, bien para evitar la perpetración de un delito que se tratará de cometer en el seno o a través de dichas organizaciones o grupos».

Se establece una atenuante específica para aquellos sujetos que perteneciendo a organizaciones o grupos criminales hayan abandonado de forma voluntaria sus actividades delictivas y colaboren activamente con las autoridades o sus agentes, para obtener pruebas decisivas para identificar o capturar a otros responsables, para impedir la actuación o desarrollo de las organizaciones o grupos o para evitar la perpetración de algún delito que se tratara de cometer en el seno o a través de las organizaciones o grupos, ofreciéndoles una rebaja de la pena en uno o dos grados.

La figura del colaborador con la justicia ha alcanzado en las últimas décadas un protagonismo sin precedentes en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, centrándose especialmente en la lucha contra diferentes aspectos de la criminalidad organizada, en muchas ocasiones de dimensión internacional, como terrorismo o tráfico de drogas (63).

Este medio utilitarista de combatir estructuras criminales organizadas plantea constantes y serias dudas sobre su legitimidad, que se tratan de justificar funcionalmente desde instancias policiales y judi-

(63) Por ejemplo, la Ley italiana de medidas a favor de quienes se disocian del terrorismo, de 28 de febrero de 1987. Pero, aun así, existen diferencias de tratamiento en los países de la Unión Europea. Actualmente el Derecho Holandés no prevé ninguna remisión de pena para miembros «arrepentidos» de asociaciones criminales. La discusión sobre la cuestión de cómo tratar a los miembros de un grupo que se hayan convertido en informadores de los órganos penales sólo se ha empezado a suscitar desde hace algunos años. Vid. BUENO ARÚS, F., «Política judicial común en la lucha contra la criminalidad organizada», en *Delincuencia Organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, J. C. FERRÉ OLIVÉ y E. ANARTE BORRALLO (eds.), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, Huelva, 1999, pp. 77-78. O en otros países más alejados de nuestro entorno, aunque muchos sistemas jurídicos disponen de posibilidades formales o informales que permiten en esta situación poner fin o limitar las actuaciones. La mayor parte de los sistemas jurídicos solamente conceden la impunidad total a los delincuentes que, mediante informaciones suministradas a tiempo, hayan impedido la comisión de infracciones por parte de los miembros de la asociación (Austria, Bélgica, Francia, Alemania, Grecia y Polonia). Otros países (Irán, Kuwait) exigen el abandono del grupo y el suministro de informaciones sobre la identidad de otros miembros del grupo, antes de que el grupo haya podido cometer cualquier infracción. Mientras que en ciertos sistemas jurídicos (como Chile, Croacia, Rumania) basta con informar a las autoridades para conseguir la no persecución o hasta la absolución incluso en casos en que las informaciones suministradas por el autor no contribuyan a impedir infracciones, otros (Francia, Eslovenia, Suiza, Taiwan) sólo ofrecen en esta situación una atenuación de la pena o un acceso más fácil a la libertad condicional. La mayor parte de los países no hacen concesiones, por lo menos en cuanto al derecho penal material, a los miembros de la asociación que sólo cambian de idea en el curso del proceso penal y se convierten en testigos de la acusación. Excepciones a esta regla pueden encontrarse por ejemplo en Chile, en Alemania y en Taiwan.

ciales por la necesidad de vencer la clandestinidad y los filtros de seguridad en los que se mueven estas asociaciones criminales y la dificultad de infiltración por parte de extraños, así como a prohibir a sus miembros la divulgación de sus secretos (64).

Sorprendentemente también se acude a la conveniencia de demostrar cierta clemencia y valorar la voluntad manifiesta de volver a la legalidad que han demostrado estos delincuentes, sobre todo teniendo en cuenta el riesgo que están asumiendo. Precisamente por ello, resulta evidente la necesidad de una serie de medidas protectoras frente a eventuales peligros para su persona o su entorno cercano, que no parecen suficientemente desarrolladas en nuestro ordenamiento.

La importancia del fenómeno a nivel internacional se pone de manifiesto desde organizaciones internacionales en cuyo ámbito de aplicación se trata de incitar su inclusión en los diferentes ordenamientos nacionales, no sólo en cuanto a la criminalidad organizada en general, sino también concretamente en la lucha contra el fenómeno terrorista como manifestación particular. En primer lugar hay que poner de manifiesto las importantes discrepancias en cuanto a la regulación de la materia de la colaboración con la justicia en derecho comparado. La eliminación de estas discrepancias que quizás ha sido el empeño en las diferentes sedes internacionales intensificado progresivamente en los últimos años.

Conforme a la Decisión Marco 2008/841/JAI, todos los Estados miembros podrán adoptar las medidas necesarias para que las sanciones previstas en el artículo 3 puedan reducirse o no aplicarse si, por ejemplo, el autor del delito:

- a) Abandona sus actividades delictivas, y
- b) proporciona a las autoridades administrativas o judiciales información que estas no habrían podido obtener de otra forma, y que les ayude a:
 - i) impedir, acabar o atenuar los efectos del delito,

(64) Cfr. MUÑOZ CONDE, F, «Los arrepentidos en caso de la criminalidad o delincuencia organizada», *La criminalidad organizada ante la justicia*, F. Gutiérrez-Alviz Conrado (dir.), Sevilla, 1996, pp. 144-147. IGLESIAS RÍO, M. A., «Constitución» y «moderno Derecho penal en la sociedad del riesgo». Notas para un debate abierto». *La Constitución Española de 1978 en su XXV aniversario*. M Balado y García Regueiro (dir.) Barcelona, 2003, pp. 1015-1025. Como es sabido la expansión del moderno Derecho penal desborda los dictados de ultima ratio y asume competencias propias del Derecho administrativo, contribuyendo no sólo a confundir aún más los límites fronterizos entre ambos injustos, sino también a la erosión del principio de legalidad, proliferación de delitos de peligro, ampliación del ámbito de garante en los delitos de omisión o flexibilización de las categorías de la imputación objetiva y subjetiva, etc.

- ii) identificar o procesar a los otros autores del delito,
- iii) encontrar pruebas,
- iv) privar a la organización delictiva de recursos ilícitos o beneficios obtenidos de sus actividades delictivas, o
- v) impedir que se cometan otros delitos mencionados en el artículo 2.

El artículo 570 quáter, 4 recibe una valoración positiva tanto por el Consejo Fiscal como por el Consejo de Estado, pues entienden que se cumplen los designios de la Decisión Marco 2008/841/JAI, en cuanto quedan incluidas las conductas previstas en su artículo 2 y se respetan los mínimos de las penas máximas contempladas en el artículo 3 de la norma europea, habiéndose incluido además la previsión de que el sujeto ayude a impedir, acabar o atenuar los efectos del delito, que no figuraba en el Anteproyecto y que sería la aplicación del apartado 4.

Se prescinde del requisito de que el sujeto se presente voluntariamente ante las autoridades o de que la confesión se circunscriba a hechos propios, manteniéndose los privilegios no tanto al propio arrepentimiento o confesión, sino a la posible eficacia práctica de la colaboración en tanto pueda significar alguna ventaja en la lucha contra la criminalidad organizada, enfatizando los medios de colaboración externos al sujeto –colaboración activa– frente a aquellos que pudieran significar alguna desventaja para el propio colaborador, al prescindirse de la propia confesión –lo que en el ámbito procesal permitirá, en principio, no excepcionar la vigencia de los principios y garantías fundamentales a estos efectos–.

Y en esta línea hay que apuntar que quizás las mayores objeciones se han planteado en el ámbito procesal, por cuanto el anclaje de la medida en el proceso provoca ya desde la instrucción constantes incoherencias que ponen en tela de juicio sus propios principios sustentadores, en la medida en que la exigencia de confesión convierte al interrogatorio en prueba reina como medio inquisitorial de obtención de pruebas, desvirtuando garantías constitucionales inherentes al procedimiento penal tales como el derecho a no declarar y la presunción de inocencia.

También desde la perspectiva procesal, se advierte contra el peligro de admitir confesiones falsas contra inocentes. Las informaciones que aporta el arrepentido colaborador están sometidas a numerosas cautelas a la hora de admitir su valor probatorio habida cuenta de la naturaleza intrínsecamente sospechosa de la declaración del coimputado (65). No se trata sólo de la posibilidad de que en su manifesta-

(65) STC de 11 de marzo de 2002.

ción concurren móviles espurios –odio, enemistad, deseo de exculpación–, sino también de que al darse de manera simultánea la doble condición de imputado y de testigo de cargo respecto a tercero, la contradicción es muy limitada y su posición en el proceso es muy diferente a la de un testigo cualquiera. Por ello se exige que esté avallada por algún dato, hecho o circunstancia externa, es decir, por datos que refuercen y fortalezcan lo manifestado.

En este sentido, no podemos olvidar que el propio Tribunal Supremo advierte que cuando el coimputado que efectúa la declaración heteroincriminatoria se mantiene dentro de la comunión de desvalores que define al grupo terrorista, la ausencia de motivo espurio es más clara, de suerte que en esta situación el dato del mantenimiento dentro del grupo terrorista actúa como verdadero factor de multiplicación de la credibilidad del testimonio, que, en todo caso, seguirá estando necesitado de corroboraciones. Así la verificación de que el imputado se ha apartado de la comunión de desvalores que define y actúa como factor de cohesión de tal organización terrorista, pudiera servir de caldo de cultivo para tomar con desconfianza su declaración heteroincriminatoria respecto de un ex aliado (66) si bien es cierto que en estos casos no se tratará de un arrepentido sino de un coimputado.

En cualquier caso, si se considera conveniente desde el punto de vista político-criminal prever una atenuación por colaboración en el ámbito de las organizaciones y grupos criminales, como agrupaciones transitorias, parecería razonable introducir la misma cláusula en los delitos de asociación ilícita. Y, por otra parte, si ya figura con carácter general en esta cláusula del artículo 570 quáter, 4, suprimir su mención específica en los delitos de tráfico de drogas. Aunque la mejor opción sería considerar su ubicación dentro de las disposiciones genéricas de las atenuantes, aunque se le otorgue un régimen especial.

IX. CONCLUSIONES FINALES

La lucha contra la criminalidad organizada, sobre todo en determinados tipos de delitos como la trata de personas, es una necesidad derivada de una realidad ineludible. Sin embargo, este combate tan legítimo como necesario no puede ser pretexto para una aplicación extensiva de reglas excepcionales, por lo que se deben evitar en todo caso la pérdida de garantías y prestar la máxima atención a los principios fundamentales que rigen el Derecho penal, en particular, los prin-

(66) STS de 24 de febrero de 2005.

cipios de legalidad penal, culpabilidad individual, ultima ratio, proporcionalidad y el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Las obligaciones internacionales asumidas por España, tampoco pueden servir de excusa. En nuestro caso no implican la necesidad de tipificar determinadas formas de criminalidad como los grupos criminales, cuando el mismo objetivo, pero de forma sistemáticamente más correcta, se hubiera conseguido quizás ampliando la tipificación de la fase preparatoria de algunos delitos concretos. También hubiera sido deseable la limitación de los tipos a determinados delitos evitando la generalidad actual, por ejemplo con la utilización de agravantes específicas. De esta forma, se habrían respetado en mayor medida principios limitadores del *ius puniendi*, por ejemplo, el de *ultima ratio* o el de determinación.